

東洋大学学術情報リポジトリ Toyo University Repository for Academic Resources

非訟事件と司法権

著者	成瀬 トーマス誠
著者別名	NARUSE ThomasMakoto
雑誌名	東洋法学
巻	61
号	3
ページ	199-216
発行年	2018-03
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00009677/



《 論 説 》

非訟事件と司法権

成瀬 トーマス誠

1. はじめに

従来の通説的見解は、司法権を「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用をいう」⁽¹⁾と定義してきた。この定義における「具体的な争訟」は裁判所法3条の「法律上の争訟」と同義であるとされ、その内容については判例における要件⁽²⁾が受け入れられてきた。その上でいわゆる客観訴訟は司法権外の権限として、裁判所法3条の「その他法律において特に定める権限」として把握されてきた。

このような司法権観に対する代表的な批判の一つが、司法権外の権限たる客観訴訟を、憲法上の権力分立にもかかわらず法律によって裁判所に付与することの根拠が不明確、ないしその憲法上の位置付けが困難である⁽³⁾、というものであった。そのような問題意識に立った上で示されたオルタナティブの中でも有力なのが司法権を同心円構造で把握する見解である。諸説みられるものの、共通するのが司法権を「コア」と「外延」の間に「中間領域」が広がるという柔軟性を持った同心円構造で把握し、「争訟」を核とする従来の司法権との距

(1) 清宮四郎『法律学全集3 憲法Ⅰ〔新版〕』（有斐閣、1971年）330頁。

(2) 最小判昭和28年11月17日行集4巻11号2761頁。

(3) 野坂泰司「憲法と司法権—憲法上の司法権の捉え方をめぐって」法学教室246号43頁（2001年）、南野森「司法権の概念」安西文雄他『憲法学の現代的論点〔第2版〕』177頁（有斐閣、2009年）、亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力他『行政法の新構想Ⅲ行政救済法』12-13頁（有斐閣、2008年）、高橋和之『体系憲法訴訟』33-34頁（岩波書店、2017年）。

離によって裁判所に与えうる権限の範囲を画そうとする点である⁽⁴⁾。そこにおいて客観訴訟をはじめとする権限は、実質的意味の司法権との親和性から位置付けられる。

しかし、ここで問題になるのが非訟事件である。非訟事件は多岐にわたるが、本稿の関心対象となるのが非争訟的非訟事件である。そのような権限は、近年の司法権論からはどのように位置づけうるのであろうか。以下本稿では、近年の学説について概観した上で非訟事件と争訟性について素描し、それらを踏まえて非訟事件の位置付けについて検討したい。そして、そこで想定される権力分立論について若干の方向性を示したい。

2. 学説における非訟事件の把握

憲法学における従来の非訟事件についての問題意識は、裁判を受ける権利等の手続き保障が非訟事件においてどこまで及ぶのか、という点が中心であった⁽⁵⁾。一方、非訟事件の憲法上の位置付けや正当性については、司法権の射程と限界について論じられる際に言及がなされるにとどまっていた。以下ではまず、近年有力化している同心円構造で司法権を把握する見解について概観したのち、非訟事件について正面から論じている君塚教授の見解についてみていきたい。

（1）同心円構造説

同心円構造説は、従来の司法権論が司法権を単一的に把握していたのとは異なり、司法権を柔軟性を持った同心円構造で把握する見解である⁽⁶⁾。具体的な内容や用語は論者によって異なるが、最小領域たる「コア」とその及びうる限

（4） 成瀬トーマス誠「日本国憲法における司法権の機能と構造について」浦田一郎先生古稀記念『憲法の思想と発展』730頁（信山社、2017年）。

（5） 一例として渋谷秀樹「訴訟と非訟」立教法務研究第5号5頁（2012年）、佐々木雅寿「訴訟と非訟」ジュリスト1400号19頁（2010年）、片山智彦『裁判を受ける権利と司法制度』（大阪大学出版会、2007年）、笹田栄司『裁判制度 柔らかな司法の試み』（信山社、1997年）、が挙げられる。

界である「外延」の間に、柔軟性を持った「中間領域」が広がるという形で司法権を把握するものである⁽⁷⁾。そして従来の司法権論において客観訴訟が司法権外の権限として把握されていたことに対し、それを司法権の「中間領域」に取り込む形で把握する⁽⁸⁾。同心円説を採ることのメリットの一つとしては、客観訴訟を憲法上も無理なく説明でき、かつ正当化できること、という点が挙げられる⁽⁹⁾。

もっとも、司法権を同心円構造として把握するという構造理解についてはコンセンサスがみられるものの、具体的な線引きについての議論は一致をみえない。しかし、本稿の関心からは同心円構造説に共通するところとして①司法権を収縮可能な柔軟な概念として把握し、②及びうる射程は「コア」との親和性によって判断され、③そこでの「コア」は司法権のプロパーな領域として「争訟裁定」ないし「争訟性」を鍵概念として把握されている、という点を指摘したい⁽¹⁰⁾。そして非訟事件は客観訴訟と同様に司法権の「中間領域」に入るものとして位置付けられるのである。

しかしながら、そこでの要件は「争訟裁定」を鍵概念とする司法権観によって把握されており、緩和された形ではあるが一定の「争訟性」が要求される。例えば野坂教授は、憲法上の司法権が「法律上の争訟」を中核としつつより広い射程を持つとしながらも、それは「具体的な争いの法的解決」の作用でなくてはならないとする⁽¹¹⁾。曾和教授も外延を画する要件として緩和された要件を提示するが、そこで示されている要件は「①紛争の具体性、②相対立する当事

(6) 代表例として野坂・前掲注(3)、中川丈久「行政事件訴訟法の改正—その前提となる公法学的営為—」公法研究63号124頁(2001年)、曾和俊文「行政訴訟制度の憲法的基礎」ジュリスト1219号60頁(2002年)、宍戸常寿「司法のプラグマティク」法学教室322号24頁(2007年)。

(7) 成瀬・前掲注(4)730頁。

(8) 同上。

(9) 同上。

(10) もっとも、そこにおいて「中間領域」が実質的意味の司法権に含まれるのか、形式的意味の司法権に含まれるのか、についても違いがみられる。

(11) 野坂・前掲注(3)48頁。

者の存在、③適法・違法の判断が可能な法的基準の存在、④判決の終局性」⁽¹²⁾として争訟が念頭に置かれており、司法権ないし裁判所に与え得る権限の範囲は、あくまでも「争訟」としての性格を備えなくてはならないとされているのである。

（２）君塚教授の見解

非訟事件と司法権の位相について正面から論じている君塚教授は「『司法権』以外の権限の裁判所への付与が許容されるのは、紛争があり、一方当事者の訴えがあったとき、中立の第三者たる国家機関が『実体法上の権利の実現に関わり、法の宣言と維持の作用を有する』『救済』を行うことが『裁判所にふさわしい事項』であるときであろう。それは、『事件性、救済、適正手続、裁判所の独立性・中立性、裁判官の法への拘束などがある』もの」であると指摘する⁽¹³⁾。また、非訟事件における憲法上の手続きの保障水準をめぐる議論という文脈の中においてであるが「憲法76条の『司法』及び『裁判』であることが担保できる手続でなければなるまい」⁽¹⁴⁾「現在ある非訟事件も、当事者の訴えにより、裁判所が法を適用し、権利義務関係を終局的に確定しているものに変わりがない」⁽¹⁵⁾そして従来の司法権観に照らして「『審判』も、具体的な事件があり、訴えの利益ある当事者の訴えがあり、法を適用して、それを国家機関として終局的に解決するものであるから、『司法』の作用に含まれる筈である」⁽¹⁶⁾と指摘する。そしてその限界については「何らかの意味での具体的事件性、法的判断、終局性という要件の緩和は難しく、当事者適格性、訴えの利益という要件を緩和して容認できるものにほぼ限られるように思われる」⁽¹⁷⁾とする。この

(12) 曾和・前掲注（６）64頁。

(13) 君塚正臣「司法権定義に伴う裁判所の中間領域論—客観訴訟・非訟事件再考（１）」横浜法学 22巻 3号157頁（2014年）。

(14) 君塚正臣「司法権定義に伴う裁判所の中間領域論—客観訴訟・非訟事件再考（２）」横浜法学 23巻 1号13頁（2014年）。

(15) 同上、15頁。

(16) 同上。

ように同教授も、「争訟裁定」という司法権概念を前提として裁判所の担いうる権限についての議論を展開している。

（3）まとめ

このように、近年の学説は司法権を「紛争裁定機能」⁽¹⁸⁾として把握し、そのような司法権の性格と親和的な権限であるか否かによって裁判所に付与できる権限であるか否かをはかっている。そして非訟事件も争訟性との親和性から把握されていた。しかし非訟事件の中でも特に非争訟的非訟事件はその性格において「争訟」からは大きく離れている。そのような「非争訟的」な権限をも争訟性という基準によって捉えることができるのであろうか。以下、非訟事件の性格について特に裁判所法の制定過程の議論を手がかりにみていきたい。

3. 非訟事件と争訟性

（1）非訟事件の概要

そもそも非訟事件とは「訴訟以外において民事事件の処理に従う司法手続」⁽¹⁹⁾であるとされる。非訟事件は極めて多岐にわたり、訴訟との区別を巡っても様々な議論がみられるが⁽²⁰⁾、本稿の関心からは特に①非紛争が対象であること、②裁判所が「後見的・監督的機能」を果たし実質的意味の行政作用を行うこと、という二つの特徴を指摘したい⁽²¹⁾。ここで非訟事件が「争訟裁定」とは異なる「機能」を持つ権限とされていることが注目される。

(17) 君塚正臣「司法権定義に伴う裁判所の中間領域論—客観訴訟・非訟事件再考（3・完）」横浜法学23巻3号130頁（2015年）。

(18) 中川・前掲注（6）127頁。なお、本稿では「争訟」を司法権の鍵概念として把握することから、以降は「争訟裁定」という語を用いる。

(19) 鈴木忠一『非訟・家事事件の研究』3頁（有斐閣、1971年）。

(20) 本稿では詳細には立ち入らないが、詳細は同上、3-5頁を参照されたい。

(21) 渋谷・前掲注（5）5頁。なお、本稿では直接引用しなかったが非訟事件については山本和彦「非訟事件手続法・家事事件手続法の制定の理念と課題」法律時報第83巻11号4頁（2011年）も参照されたい。

非訟事件は争訟性の度合いから争訟的非訟事件と非争訟的非訟事件に分けられるが、本稿では後者を念頭に議論を進めたい。その具体例としては氏や名の変更手続きが挙げられるが、注目されるのがそこにおいて対抗する当事者は存在せず「紛争」がみられないことである。裁判所は提出された書類を審査し、または面談をし、正当な事由があるか否かを判断するものであり「裁判」とは大きく異なるものである。

非訟事件の歴史は古来まで遡るが⁽²²⁾、日本においては明治23年の旧民法及び旧商法の制定公布に伴い、旧非訟手続法が制定公布された⁽²³⁾。明治憲法下の学説においても非訟事件は争訟性を有さない、司法権外の権限であるとされていたが⁽²⁴⁾、そのような見解は現憲法及び裁判所法制定過程⁽²⁵⁾を経て、今日に受け継がれている。以下では、裁判所法制定過程における非訟事件を巡る議論について、争訟性の有無に着目してみていきたい。

（２）裁判所法制定過程における非訟事件と争訟性

憲法76条の司法権を具体化した規定⁽²⁶⁾であるところの裁判所法3条の制定過程においては、非訟事件について度々直接的な言及がなされていた。まず司法省での第二次法案の局議では、非訟事件における最初の処分行為は本来行政作用であるとされている⁽²⁷⁾。そしてそれに対して争があった場合には争訟となり

(22) 沿革及び諸外国の動向については、鈴木・前掲注(19)15-67頁、を参照されたい。

(23) 鈴木・前掲注(19)68頁。詳細は割愛するが、日本においても非訟事件自体はそれ以前から存在していたとされる。同上。

(24) 本稿では詳細は割愛するが、上杉愼吉『憲法述義 増補改訂四版』577-579頁（有斐閣、1925年）、清水澄『逐條帝国憲法講義 再版』431-432頁（松華堂、1933年）、美濃部達吉『憲法提要改訂第五版』464-468頁（有斐閣、1935年）、を参照されたい。

(25) 付随的な言及が中心となるため本稿では割愛するが、現憲法制定過程においても司法権は争いを中心とする概念として把握されていた。成瀬トーマス誠「日本国憲法及び裁判所法制定過程における司法権発動の要件と権利侵害」憲法学会50周年記念論文集『憲法における普遍性と固有性』329-344頁（成文堂、2010年）。

(26) 起草にあたって「新憲法による新しい司法の概念をどう表現するか」に苦心が払われたとする指摘や（内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過 第2分冊』387頁（司法研修所、1959年））、「司法権の内容を明かにする規定である」との言及（同上、406頁）がみられる。

司法権に入るとされるが、非訟事件そのものは司法権に入らないこと、そして「争」の存在がメルクマールとされていることがうかがわれる⁽²⁸⁾。

その後作成された第三次裁判所法案では、「争訟」の意味が説明されており、「ある権利を主張して相手方と対立し、その存否の確定を求めること」とされている⁽²⁹⁾。その後、憲法55条及び64条との抵触を避けるための文言の追加がなされた以外に大きな変更はされず、8次法案として閣議決定され、枢密院に諮詢された⁽³⁰⁾。

枢密院での議論に先立って作成された逐条解説では「一切の法律上の争訟」の意味について「法律の適用によつて解決される一切の争訟をいう。実体上の権利を主張して、救済を求める訴のすべてを意味する」とされ、従前からの認識が継承されている⁽³¹⁾。

その後の議論の中では、非訟事件の扱いを巡って論争が展開された。そこでは非訟事件が「法律上の争訟」に含まれないことについて、非訟事件のような権限をも裁判所が扱うるのであればその旨を明記すべきとの主張がなされた⁽³²⁾。それに対し政府側は、非訟事件は「争訟」に入らないという立場から⁽³³⁾、裁判所構成法と同様に、それ以外の権限を法律で付与することは予定されているとしている⁽³⁴⁾。同様の見解は後にも示されており⁽³⁵⁾、その中では非訟事件が司法権には入らない旨も明確に述べられている⁽³⁶⁾。また一連の議論の中

(27) 内藤・前掲注(26) 390頁。

(28) 同上。

(29) 同上、406頁。

(30) 成瀬・前掲注(25) 334頁。

(31) 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過 第3分冊』887頁（司法研修所、1959年）。

(32) 内藤・前掲注(26) 702-708頁。

(33) もっとも、争訟概念を柔軟に捉え拡大可能性を示唆する発言もみられた。それらの発言については成瀬・前掲注(25) 336頁を参照。

(34) 内藤・前掲注(26) 705頁。

(35) 同上、724頁。またその後作成された「『争訟』についての答弁案」においても、法律上の争訟は利害の相対立する当事者間の争いを指すものであるとされ、非訟事件は入らないとされている。
内藤・前掲注(31) 914頁。

(36) 内藤・前掲注(26) 638頁。

で、司法大臣が非訟事件について行政が担ってもよい権限であるが公正の観点から裁判所が担うことが望ましいと述べていたことも注目される⁽³⁷⁾。

当初は法律で司法権以外の権限を裁判所に付与できることを自明視し、法律による権限付与についての明文規定を盛り込むことを拒んでいた政府であったが、一連の議論を経て「その他法律において特に定める権限」との文言が追加された。枢密院における司法大臣による修正案の説明では、法律上の争訟以外にも非訟事件などを扱いうる旨を明らかにしたものとの説明がなされている⁽³⁸⁾。

（３）まとめ

以上、本節では非訟事件の性格について裁判所法制定過程における議論に沿って観察してきた。非訟事件は「便宜的」に司法部門に委ねられた権限であるといえるが、このような理解は明治憲法下から現憲法及び裁判所法制定過程を経て、そのまま継承されていた。一連の議論の中では司法と非訟の分かれ目が「争訟」ないし「争い」にあるとされ、争訟性に基づく区別が繰り返示されていた。

また、その機能の理解も注目される。今日では「後見的・監督的作用」とされるように「争訟裁定」たる司法権とは異なる機能として把握されている。また「行政作用」として把握する見解もみられていたが、時には「公正の観点」といった実務的ないし機能的な理由から裁判所に付与されていた。

以上に加え、そのような権限を法律によって裁判所に与えることが可能であることが「自明」視されていたことも注目される。明治憲法下の学説においても同様の姿勢がみられたが、司法権ならざる権限を法律によって裁判所に与えることについて権力分立の観点からの疑問はみられず、そこでの権力分立観の柔軟さが注目されよう。

(37) 林顧問官も、同様に手続きの正確性の観点から非訟事件を裁判所に担わせることがふさわしいと指摘する。同上、706頁。

(38) 同上、734頁。

4. 非訟事件の位置付け

（1）従来の学説への疑問

本稿第1節でみてきたように、近年の学説は裁判所に与えうる権限を争訟性との親和性から把握してきた。しかし、非訟事件は前節で指摘したように、争訟性を備えない権限である。数多く存在する非訟事件の中でも非争訟的非訟事件、特に氏や名の変更手続きを念頭に置いた場合、そのような「争い」や相手方の存在しない手続きを「争訟」の範疇に含めることは可能であろうか。同心円構造で司法権を把握する見解において、その外延を画する要件は緩和された形とはいえ、争訟性に基づいて設定されている。もし争いも相手方も存在しない手続きをその範疇に含めるのであれば、「争訟」の射程は極めて広大なものにならざるを得ないであろう。

君塚教授も裁判所に与え得る権限の範囲を「争訟裁定」という司法権概念との親和性から把握しており、先述のように裁判所が担いうる権限の限界について「何らかの意味での具体的事件性、法的判断、終局性という要件の緩和は難しく、当事者適格性、訴えの利益という要件を緩和して容認できるものにほぼ限られるように思われる」⁽³⁹⁾と指摘する。しかしそこでの具体的事件性を従来の判例の要件と一定の整合性を持って捉えるのであれば、同心円構造説と同様に「争訟裁定」という観点から「争いではない権限」を位置付けることとなり、そこでの射程は拡散してしまうのではないだろうか。

一方、高橋和之教授は異なったアプローチを採っている。同教授は従来の司法権論によって非訟事件を位置付けることの困難さを指摘した上で、新たな司法権の定義を打ち立てている。同教授は従来「適法な提訴を待って、法律の解釈・適用に関する争いを、適切な手続の下に、終局的に裁定する作用」⁽⁴⁰⁾という形で司法権を再定義していた。しかし同教授は氏の変更を例に挙げ、そこで

(39) 君塚・前掲注(17) 130頁。

(40) 高橋和之「司法の観念」樋口陽一編『講座憲法学 6 権力の分立【2】』23-24頁（日本評論社、1995年）。

は「争い」の擬制は困難であると指摘する⁽⁴¹⁾。その上で違憲審査が司法権の範囲内で行使されるものであることを踏まえ、「争い」を外し「適法な提訴を待って、適正な手続により法の解釈・適用を終局的に確定し、実行的救済を与える作用」⁽⁴²⁾という形へと修正している⁽⁴³⁾。

同教授の見解は非争訟的非訟事件を司法権の範疇に組み込むものであったが、そこで注目されるのが司法権の要素から「争い」を除外したことである。この点については、「争訟」との親和性という観点からは非訟事件を位置付け難いとする本稿の主張と一致する。そして「争訟」、すなわち「争い」という視点から非訟事件を位置付けないのであれば、司法権から「争い」という要素を除外するのが一つの道となる。しかしながら、そこでの司法権の範囲はあまりに拡大してしまうのではないだろうか。

このように近年の学説は非訟事件を争訟性との親和性から把握してきたが、それに対し、司法権から「争い」を外す形で位置付けようとする見解も提示された。しかし、そのどちらも疑問が残る。争訟性の延長線上で把握するのであれば、争いも対抗する当事者も存在しない、氏や名の変更手続もが「争い」に含まれることとなり、その概念は広大なものとなる。一方、争いを司法権の要素から外すのであれば、そこでの司法権の範囲もまた広大なものにならざるを得ない。宍戸教授は野中教授・佐藤教授・高橋教授の司法権観について「いずれも抽象的規範審査制度を違憲としながら、法的統制の重要な手段である客観訴訟（住民訴訟・選挙訴訟）の合憲性を弁証するために、三者三様の回答を提示してきたもの」⁽⁴⁴⁾と整理するが、この指摘はまさに司法権論争自体にも妥当するのではないか。そこでは制約原理としての側面も重視されるが、「争い」を要素としないところまで拡大された司法権概念は制約原理としての機能を果たしうるのであろうか。

(41) 高橋・前掲注（3）49頁。

(42) 同上。

(43) 同上、48-49頁。

(44) 宍戸・前掲注（6）26頁。

（2）形式的意味の司法権／争訟裁定ではない「別機能」としての非訟事件の把握

以上のように「争訟」から把握することも、司法権から「争訟」を外すことも、共に困難を抱えていると考えられる。そうであれば、「争訟性」ととらわれない形で、形式的意味の司法権として非訟事件を把握するという道が考えられる。この点については別稿において、非訟事件を形式的意味の司法権として位置付け、司法権とは異なった機能として把握すべきであると指摘した⁽⁴⁵⁾。

この点について若干掘り下げたい。近年の学説において、司法権の射程はその争訟裁定たる性格から画されていた。しかしここで非争訟的非訟事件が本来的に争訟裁定とは異なる「機能」であれば、そもそもの性格が異なる以上、争訟との親和性という視点から位置付ける必要がなくなるのではないか。そしてそこでは裁判所が担いうるか否かの判断の基準を「争訟性」との親和性に一元化するのではなく、権限ごとの「機能」に応じて位置付けるべきではないだろうか。氏や名の変更手続きについていえば、それは後見的・監督的機能として把握される権限であることから「裁判所による後見的・監督的機能の行使としてふさわしいか」という形で検討されるべきである。整理すれば、非訟事件は争訟裁定たる司法権との親和性とは別の視点から、形式的意味の司法権として裁判所に付与されるものと解すべきではないだろうか。

形式的意味の司法権という点については、同心円構造説を踏まえるのであれば、同心円構造における「外延」の外にもう一つの領域として「形式的意味の司法権」の領域を設定する形となる。すなわち、二重の同心円構造ではなく三重の同心円構造として把握する形である⁽⁴⁶⁾。司法機関たる裁判所が担うことのできる権限は私権保障を旨とする争訟裁定機能を「コア」に置き、その周辺を潜在的に担うことができる、適法性統制機能にも開かれた「中間領域」が取り巻く形であるとされていた。しかし、先述のようにその「外延」を越えた権限

(45) 成瀬・前掲注（4）738頁。

(46) 同心円構造の外側に形式的意味の司法権を置くという構図は、駒村教授も指摘するところである。駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回—憲法論的論証を求めて』346頁（日本評論社、2013年）。

をも裁判所は担っているのである。そこまでも「実質的意味の司法権」から把握するのであれば、司法権概念は崩壊するのではないだろうか。そのような権限はあくまでも「形式的意味の司法権」として司法権の外延の「外」の領域に置くべきであろう⁽⁴⁷⁾。

（３）まとめ

以上の議論を整理したい。まず非争訟的な、司法権とはそもそも異なった「機能」たる権限である非訟事件を争訟裁定という基準から捉えるのは困難である。そうである以上、そもそも「別機能」であることを踏まえ、その正当化に際しては「争訟」との親和性から解放し、位置付けとしては形式的意味の司法権として把握すべきである、という主張である。

近年の司法権をめぐる議論の中では、従来の司法権論への権力分立の観点からの批判などから、客観訴訟をどのように整合的に位置付け、かつ無限界的な拡大を防ぐのか、という視点に立った議論が展開されてきた。そこにおいては、争訟との親和性によって権力分立との整合性がはかられていた。しかし本稿での主張のように非訟事件を把握するのであれば、権力分立の問題に再度立ち戻ることとなる。すなわち、司法権外の、それも争訟裁定ではない権限を、憲法上の権力分立にもかかわらず、いかにして法律で裁判所に付与することができるのか、またその限界はどこにあるのか、という問題である。ここで注目されるのがドイツやアメリカにおける機能的権力分立論である。以下では以上の問題意識を踏まえ、機能的権力分立論についてみていきたい⁽⁴⁸⁾。

(47) 別稿においては2重の同心円構造で把握していたところ、本稿での検討を踏まえ、その外側に「形式的意味の司法権」の領域を新たに設ける形へと修正をしたい。また、別稿では現行法との接続を重視し、実質的意味の司法権の「中間領域」を裁判所法3条に定める「その他法律において特に定める権限」と対応させてきた。成瀬・前掲注（４）734頁。この点については別稿での見解よりも拡大させ、同規定は「中間領域」と、憲法で明記されたものを除く「形式的意味の司法権」の双方に及ぶもの、という形へと修正したい。すなわち①実質的意味の司法権のうちの「中間領域」に含まれる権限、及び②形式的意味の司法権（非訟事件を含む）、に及ぶ規定という形で解されるのである。

5. 機能的権力分立論

（1）機能的権力分立論

従来の日本の権力分立論においては「分離」の厳格さが強調されてきたとされる⁽⁴⁹⁾。そしてそのような権力分立論の特徴としてあげられるのが、「権力」と「機関」が対応するという理解であった⁽⁵⁰⁾。言い換えれば「1作用1機関対応型」の権力分立観ということができよう⁽⁵¹⁾。しかしドイツやアメリカにおいては「1対1対応型」の権力分立論の限界が指摘され、それを克服すべく、機能的な権力分立論が主流的な地位を占めるに至っている。以下、ドイツとアメリカにおける機能的権力分立論について概観したい⁽⁵²⁾。

ドイツにおける機能的分立論は「各種の国家作用を、その遂行に適した諸条件を具えた機関に配分する」⁽⁵³⁾ことをも権力分立の要請とするものである。それは「国家任務の適正な遂行」を権力分立によって実現されるべき価値とするものであり⁽⁵⁴⁾、国家の諸任務の適正な遂行のために、国家権力をどのように構成すべきかという問題意識から発するものとされる⁽⁵⁵⁾。機能的分立論において

(48) 直接引用したものの他、渡辺互「権力分立論の『深化』と『拡大』」白鵬白鷗法学13巻2号1頁（2006年）、渡辺互「民主主義と権限分配の原理（2・完）」早稲田大学公法研究第54号136頁（1997年）、阪本昌成「権力分立・再定義」近畿大学法科大学院論集11号33頁（2015年）、松井茂記「アメリカーアメリカに於ける権力分立原則―」比較法研究52号11頁（1990年）、栗城壽夫「ドイツの権力分立―権力分立の機能的理解―」比較法研究52号36頁（1990年）、佐藤幸治「権力分立・法治国家」樋口陽一編『講座憲法学5 権力の分立【1】』（日本評論社、1995年）、を参照されたい。

(49) 村西良太「権力分立論の現代的展開―機能的権力分立論の可能性―」九大法学90号221頁（2005年）。

(50) 阪本昌成『権力分立 立憲国の条件』52頁脚注21（有信堂、2016年）。

(51) 同上、59頁。以下、本稿では「1対1対応型」と略記する。

(52) 日本の権力分立論への示唆については、一例として村西・前掲注（49）、阪本・前掲注（50）、駒村圭吾『権力分立の諸相 アメリカにおける独立機関問題と抑制・均衡の法理』（南窓社、1999年）、高橋・前掲注（3）の諸論稿を参照されたい。

(53) 村西・前掲注（49）265頁。

(54) 同上、264-265頁。

(55) 同上、261頁。

は「機能に適した機関構造」⁽⁵⁶⁾による機能配分が権力分立の一つの目的とされ⁽⁵⁷⁾、「適材適所」的な観点を権力分立論に盛り込むものであるといえる。

機能的分立論は「分離」よりも「抑制」を重視するものであるとされる⁽⁵⁸⁾。そして、「抑制」を「協働」として把握することがその特質として指摘される⁽⁵⁹⁾。そこにおいて「相互抑制」は諸権力の「協働」「結合」「交錯」という形で一般に表現されると指摘されるが、それぞれの機関がその構造に適した権限を配分された上で、それらの協働を促すことで統治を最適化することが眼目とされるのである⁽⁶⁰⁾。以上のドイツのあり方においては、その柔軟性のみならず機能配分の「適材適所」という実的な視点が注目されよう。また、各権力の「協働」という視点も示唆深いところである。

一方のアメリカにおける権力分立論は、形式的アプローチと機能的アプローチに大きく分けられる⁽⁶¹⁾。形式的アプローチとは権力分立を厳格に把握し、権力作用の各機関への排他的な帰属を強調し、それぞれの作用の相互浸透を認めないとする見解であり、「1対1対応型」的な権力分立観である⁽⁶²⁾。これに対し機能的アプローチは基本的な権限配分を守りつつも機関同士の関係性に着目し、権力作用の核心を侵さない限りで相互浸透を認めるという柔軟な権力分立観であるとされる⁽⁶³⁾。機能的アプローチは各権力の核心部分が保持される限りにおいて相互浸透を認め、権力の配分の厳格な維持ではなくそこにおいて作り出される「関係性」に注目するものである⁽⁶⁴⁾。なお、ここにおける関係性とは「抑制と均衡」を基礎とする発想であるとされる⁽⁶⁵⁾。

(56) 同上、268頁。

(57) 同上。

(58) 同上。

(59) 同上、271頁。

(60) 同上。

(61) 駒村・前掲注(52) 170頁。この点について阪本教授は「作用別アプローチ」という用語を用いている。阪本・前掲注(50) 63頁。

(62) 駒村・前掲注(52) 166頁。

(63) 同上。

(64) 同上、171頁。

このようにドイツ・アメリカの両国においては権力分立を柔軟な概念として把握し、そこでは1対1の対応関係にとらわれていないことが注目される。同時に、その「機能」への注目という視点も示唆深いものである。

（2）非訟事件と機能的権力分立論

では、非訟事件は機能的分立論からどのように位置付けうるのであろうか。本稿では具体的にどのような権力分立論を取るべきかという論点に立ち入らないが、以下で現時点での方向性を示したい。

まずドイツ・アメリカ両国のあり方にみられた「抑制と均衡」という観点からは、複数の権力部門が一つの機能に携わることが重要になる。具体的な手続きのレベルで複数の機関の参画を求めるのか、それともより上位のレベルで把握するのかについて検討の余地があるが、非訟事件が「後見的・監督的機能」を担うとされていることが注目される。すなわち、国家の後見的・監督的機能という幅広い機能の一端を裁判所を含む複数の機関が担うことで「協働」とするのか、もしくは例えば氏の変更手続きにおいて裁判所の審理と行政への届出の双方が求められていることをもって「協働」とするのか、という点について判断が分かれうるが、どちらにおいても、非訟事件を「協働」として捉える余地があるのではないか。

またドイツのような「機能的」な観点からは、裁判所が非訟事件を担うことをより積極的に位置付けうる。非訟事件が「便宜」や「公正」といった観点から裁判所に付与されてきたという日本での理解自体が機能的な発想であると同時に、前憲法下から今日に到るまで裁判所が担ってきた権限であるということとは、その手続きを裁判所が担うことの適性についての傍証となる。

ここで柔軟な権力分立観における制約原理の問題についても触れておきたい。まずドイツの機能的分立論において示されているように、裁判所が担う権限たるには、性格的にも能力的にも、裁判所にふさわしい権限でなくてはなら

(65) 同上。

ない。日本の従来の議論においてもみられた論点であるが、そこではあくまでも「裁判所が担いえる権限＝司法権との親和性が強い権限」という前提のもとに「司法権（争訟裁定）との近似性」という議論に置き換えられていた。それに対し本稿ではより広く、司法権との近似性という点を外した上で、裁判所が担いえる権限についての議論として位置付けていきたい。方向性としては①非政治的な権限であること（直接的な政策形成に携わらないこと）、関連して②受動的な権限であること、③法の解釈・適用に携わるものであること、が挙げられよう。これら以外にも、アメリカの議論においてみられたように、憲法上の各権力部門の「核心」を侵害するような権限の配分は否定されよう。

（３）まとめ

従来からの「１対１対応型」の権力分立観に立つ場合、裁判所に付与できる権限は司法権に限られることとなる。しかし争訟性を備えず、相手方も存在しない手続きを司法の領域に組み込むことは、先述のようにその領域をよほど拡張しない限り不可能である。一方、ドイツやアメリカでは「１対１対応型」の権力分立観の限界への認識からより柔軟な、機能的な権力分立論が採用されている。このような柔軟な権力分立論は、現憲法や裁判所法制定過程における理解とも親和的である。柔軟性のみならず機能という面についても、非訟事件を裁判所に担わせることについては「便宜上」「公正」などの理由が挙げられており、機能的な発想もみられる。

本稿では権力分立についてのあるべき姿については踏み込まず、いくつかの重要な論点について方向性を示すに止まった。より詳細な検討のためには日本国憲法における権力分立をどのように捉えるのかを始め、司法と行政の区別、機関同士の「協働」として把握するのか競合関係に置くことによる抑制として把握するのか、具体的に裁判所が担っている手続きや組織・人員構成への分析、そして国民主権や法の支配等の諸原理、等への検討も必要とされる。このように多くの課題を残すものではあるが、何らかの形で機能的な分立観を採ることによってこそ、権力分立上の問題を解消しつつ非訟事件を無理なく把握

し、かつ無限界な拡張も抑えることができるのではないだろうか。

6. 結論

以上において本稿で検討してきたところには、司法権論の視点と権力分立論の視点という2つの議論が存在した。以下、それぞれ整理したい。

司法権論の視点からは、同心円構造を始めとする諸見解のように「争訟」との距離で裁判所が担うことのできる権限を把握するのでは、非争訟的非訟事件は捉えきれないと主張した。すなわち、争いも相手方も存在しない権限を「争訟性」から把握しようとするのであれば、そこでの争訟概念はあまりに広大なものとなる。また、司法権から「争訟」を外す見解もみられるが、そこにおいては、司法権概念が拡散することとなろう。

以上の批判を踏まえ本稿では、同心円構造での司法権把握を前提に、形式的意味の司法権を実質的意味の司法権の外にある「第三」の同心円の領域として設定し、非争訟的非訟事件をそこに含まれる権限として把握した。また、非争訟的非訟事件はそもそも争訟裁定機能たる司法権ではない、別機能（すなわち後見的・監督的機能）として付与される以上、「争訟性」とは切り離して考えるべきであると主張した。もっとも形式的意味の司法権として争訟性から解き放たれたものであっても限界は存在し、あくまでも裁判所が担当することがふさわしいものでなくてはならない。本稿では現時点での方向性として、法の解釈・適用に携わるものであること、受動的な権限であること、を挙げた。また提示された証拠に基づく事実認定⁽⁶⁶⁾や、権力分立の観点とも重なるが、非政治的な権限ということも挙げられよう。

一方の権力分立論の視点からは、機能的権力分立論が注目される。そこでは複数の権力部門が一つの機能に携わることが重視されるが、非争訟的非訟事件は国家の後見的・監督的機能に対する裁判所の分担、という形で整合的に位置付けうることを指摘した。また、非訟事件が「便宜上」や「公正」の観点から

(66) 裁判所自らの証拠収集等については、今後の課題としたい。

裁判所に与えられているという理解からは、機能的な発想との親和性がうかがわれる。もっとも、機能的な権力分立論に立った場合においても無限界とはならない。まず、他の権力部門の中核に当たる部分を侵害することは認められないことから、立法権や行政に固有の権限の付与も否定される。また、先述の司法権の観点からの限界とも重複するが、裁判所は非政治的部門であることから、能動的な権限や政策形成も否定されよう。そして権力分立のみならず、民主権や法の支配等の諸原理との関係からの検討も、今後必要とされるところである。

非争訟的非訟事件をどのように把握し、どのようにその限界を設定するのかについては司法権論のみならず、権力分立論からの検討も必要とされる問題である。本稿ではアメリカやドイツの議論を概観し、機能的な権力分立論との親和性を主張したが、より具体的にどのような権力分立論を採用すべきかについては今後の課題として残されている。また、非訟事件として付与できる権限の限界等についても、権力分立論の検討とあわせてなされるべきところから、本稿では現時点における方向性を示すにとどまった。それらの課題については別稿を機し、稿を閉じたい。